



El protocolo de reconocimiento de medios digitales frente a la inobservancia del debido proceso penal

The protocol for the recognition of digital media in the face of non-compliance with the due process of criminal law

O protocolo de reconhecimento de mídia digital contra a não observância do devido processo penal

Naula Beltran Diana-Esperanza ^I
dianaubelt1@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-7722-211X>

Ramiro Quevedo-Quinteros ^{II}
mrquevedoq@ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-5912-9576>

Ana Fabiola Zamora-Vázquez ^{III}
afzamorav@ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-1611-5801>

Correspondencia: dianaubelt1@hotmail.com

Ciencias Técnicas y Aplicadas
Artículo de Revisión

* **Recibido:** 20 de abril de 2022 * **Aceptado:** 26 de mayo de 2022 * **Publicado:** 06 de junio de 2022

- I. Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.
- II. Docente, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.
- III. Docente, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.

Resumen

El reconocimiento de información digital incorpora hechos a la investigación en la etapa de instrucción fiscal, para luego presentarla en juicio como prueba, donde se evidencia el incumplimiento de reglas procesales: no se solicita autorización judicial, no se lleva a cabo audiencia privada, no asisten las partes procesales. Desde esta perspectiva el objetivo del estudio fue analizar el protocolo de reconocimiento de videos, datos informáticos, fotografías, discos u otros medios digitales y la inobservancia del debido proceso. La investigación fue exploratoria, descriptiva, con un enfoque cualitativo; además se acudió a la revisión bibliográfica, y el estudio de caso de las sentencias del Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar. Los jueces en las sentencias no valoraron el testimonio pericial, al considerarla prueba ilícita, porque vulneran el derecho fundamental al debido proceso, en un porcentaje muy significativo del 85%, de los casos investigados, por ello, se menguó la prueba técnica rigurosa para solucionar el conflicto penal.

Palabras clave: Derecho penal; innovación tecnológica; debido proceso; dispositivos de grabación; medios digitales.

Abstract

The recognition of digital information incorporates facts to the investigation in the prosecutorial investigation stage, to later present it at trial as evidence, where there is evidence of non-compliance with procedural rules: no judicial authorization is requested, no private hearing is held, and the parties to the proceedings do not attend. From this perspective, the objective of the study was to analyze the protocol of recognition of videos, computer data, photographs, disks or other digital media and the non-observance of due process. The research was exploratory, descriptive, with a qualitative approach; in addition, a bibliographic review and a case study of the sentences of the First Court of Criminal Guarantees of Cañar were used. The judges in the sentences did not value the expert testimony, considering it unlawful evidence, because it violated the fundamental right to due process, in a very significant percentage of 85% of the cases investigated, therefore, the rigorous technical evidence was reduced to solve the criminal conflict.

Key words: Criminal law; technological innovation; due process; recording devices; digital media; criminal law

Resumo

O reconhecimento de informação digital incorpora factos à investigação na fase de inquérito fiscal, para posteriormente apresentá-los em tribunal como meio de prova, onde se evidencia o incumprimento das regras processuais: não é solicitada autorização judicial, não é realizada audiência privada, não assistir as partes processuais. Nessa perspectiva, o objetivo do estudo foi analisar o protocolo de reconhecimento de vídeos, dados de computador, fotografias, discos ou outras mídias digitais e a não observância do devido processo legal. A pesquisa foi exploratória, descritiva, com abordagem qualitativa; Além disso, utilizou-se a revisão bibliográfica, e o estudo de caso das sentenças da Primeira Vara de Garantias Criminais de Cañar. Os magistrados nas sentenças não valorizaram a prova pericial, considerando-a prova ilícita, pois violam o direito fundamental ao devido processo legal, em percentual bastante significativo de 85%, dos casos investigados, portanto, a rigorosa prova técnica para solucionar o conflito criminoso.

Palavras-chave: Direito Penal; inovação tecnológica; Devido Processo; aparelhos de gravação; mídia digital.

Introducción

Los videos, datos informáticos, fotografías, discos u otros medios análogos o digitales se constituyen en medios de prueba de última generación en la actividad procesal penal, debido a su vertiginoso desarrollo en la era digital en la que se desarrolla la sociedad del conocimiento en el siglo XXI, de ahí que, se constituyen en un importante apoyo en la averiguación de la verdad en un juicio penal; pero al mismo tiempo su producción o su vinculación al proceso penal puede lesionar derechos de orden constitucional. Al respecto Quisse (2021) refiere:

El desarrollo científico y la tecnología aplicada se han erigido como estandartes de nuestra época. (...) El hombre y los derechos humanos que le son inherentes no han escapado a los influjos que la vertiginosa evolución científica y tecnológica ha generado (...) En este sentido y dadas las características invocadas cabe interrogarse cómo los medios tecnológicos, entre ellos los usados en el ámbito comunicativo como celulares, aplicaciones de registros, aplicaciones de grabaciones, micrófonos, grabadoras entre otros repercuten en el ámbito de protección de los derechos humanos que tienden a proteger la información y el proceso de información. (p.24)

Ahora bien, el estudio se enfoca en la problemática existente en el reconocimiento de videos, datos informáticos, fotografías, discos u otros medios análogos o digitales como prueba documental al momento de que un perito rinde su testimonio en audiencia de juicio, el cual, es excluido al momento de valorar la prueba en sentencia por parte de los juzgadores, con el fin que sea un aporte que reconstruye un hecho histórico debe cumplir un protocolo.

Sin embargo, ante la obtención de este indicio, Fiscalía, únicamente designa un perito de la Unidad de Criminalística de la Policía Nacional, quien describe y analiza el contenido de la grabación según lo percibido en las sentencias investigadas; es por ello que, resulta pertinente estudiar el marco normativo tanto constitucional como legal que debe materializarse en los casos concretos para mejorar la práctica procesal penal probatoria en un Estado de Derecho.

Por otra parte, la información recabada en los medios tecnológicos, actualmente, es una práctica cotidiana no sólo de los agentes del Estado sino de los particulares, constituyéndose en fuentes de prueba que deben observar un debido proceso para transformarse en medios de prueba y prueba lícita.

Los documentos en estudio podrían ser de distinta naturaleza en la era digital como lo advierte Bujosa, et al. (2021) al indicar que “Referirse a la prueba digital es abrirse a un universo de alternativas conceptuales desde el ámbito de la prueba, pues esta expresión está íntimamente ligada a los conceptos de prueba informática o electrónica y prueba tecnológica (...)” (p. 1350) Medios de prueba que responden a la evolución de la sociedad, a la cual, la actividad probatoria en materia penal también debe adaptarse para ser eficiente y lograr la operatividad del proceso como medio de realización de la justicia como lo prescribe el artículo 169 de la Constitución de la República.

En esta óptica la prueba digital tiene un valor probatorio como lo asevera Cárdenas (2019) al explicar: “Las películas, videos y las grabaciones de sonido con *valor sustantivo* representan eventos que acontecen fuera del tribunal, contando con un potencial poder persuasivo que se debe considerar, pues aquí sí se trata de pruebas (...)” (p.68). Entonces, si el fin de las grabaciones es ser valoradas como prueba sustantiva en la motivación de las sentencias el cumplimiento de los protocolos de incorporación al proceso penal para su presentación en audiencia de juicio es una exigencia del debido proceso.

En esta misma perspectiva Díaz (2018) refiere que: “Las cargas garantistas del debido proceso no solo depende del correcto protocolo procesal o adjetivo que se siga en la incorporación de las

pruebas tecnológicas, además deben vigilar la legal conservación forense que se aplique sobre ellas (...)” (p.47). De ahí que, designar dos peritos para revisar su contenido y conservación es relevante en la descripción y análisis de los registros por parte de expertos forenses permitirá que la prueba tecnológica sea valorada por los jueces.

En el presente artículo se evaluó el debido proceso consagrado en el artículo 76 inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador en relación a la garantía de la prueba ilícita dispuesta en su numeral 4; así como, se relacionó la prueba documental con el reconocimiento de las grabaciones; y se determinó la inobservancia del protocolo de grabaciones dispuesto en el artículo 477 del Código Orgánico Integral Penal en las sentencias de los Jueces del Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar. En esta lógica de actuación se planteó la interrogante ¿En qué medida el protocolo de reconocimiento de información digital, electrónica y virtual se materializó en los procesos penales investigados?

Es relevante esta investigación, puesto que, permitió reflexionar sobre la necesidad de mejorar la investigación procesal en relación a los medios tecnológicos, fuentes de prueba modernas de hechos relacionados a conductas típicas, antijurídicas y culpables, para mejorar el acervo probatorio en las sentencias emitidas por el Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar, por lo que, fue pertinente el objetivo del estudio al analizar el protocolo de reconocimiento de información digital, electrónica o virtual y la inobservancia del debido proceso.

Referencial Teórico

El sistema acusatorio implica teóricamente un modelo de proceso penal que rompe los viejos y tradicionales esquemas de la inquisición, en el cual, bastaba una simple acusación de la víctima y se orquestaba todo un proceso penal de persecución, empero, en la modernidad y gracias al pensamiento ilustrado se ha discutido, debatido y aceptado el sistema acusatorio donde, el procedimiento penal, es un campo de cultivo de la ciencia jurídica que igual que otras ramas del saber humano exige resultados de los esfuerzos intelectuales plasmados en la doctrina de mayoría, en tratados internacionales, el ordenamiento jurídico nacional, manuales, ensayos, y artículos científicos en revistas indexadas, etc.

En este contexto desde la perspectiva constitucional el derecho procesal penal ha sido preceptuado en la norma suprema, singularmente, es de interés la incidencia del derecho al debido proceso en la producción de la prueba. Duran y Fuentes (2021) reflexionan al respecto:

La constitucionalización del debido proceso junto a la consagración de este en los instrumentos jurídicos internacionales y el hecho de haberse regulado en los códigos procesales de los distintos países, representa la declaración de voluntad universal de los Estados de respetar sus pautas como garantía de los ciudadanos. Cuando se analiza el orden constitucional y procesal en el Ecuador, se aprecia la intención del legislador de respetar los derechos de las personas a un juicio justo. (p.1085)

Luego, el proceso penal desde sus bases constitucionales se proyecta a los protocolos legales e institutos que deben ser observados y exigidos por los jueces en materia penal, y el activismo de los sujetos procesales también se enmarca al cumplimiento de un conjunto de derechos constitucionales, siendo de particular importancia en este estudio la constitucionalidad del debido proceso para un juicio justo como se afirma en la reflexión precitada. El respeto al debido proceso es una responsabilidad de los Estados que se aplica en materia penal a través del ejercicio de garantías procesales cumplidas por Fiscalía, exigidas por las defensas técnicas tanto de la víctima como del procesado, analizadas y valoradas por los jueces de los tribunales que emiten sentencias.

Si bien, el debido proceso ha sido un estandarte del Neoconstitucionalismo en la actualidad, no obstante, su origen se ubica históricamente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) cuyo artículo 7 prescribe: “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por esta prescritas” (Asamblea Nacional de Francia, p.2). Regla que posteriormente ha sido desarrollada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de organismo internacionales, así como, las cortes de justicia nacionales.

También en la Declaración Universal de Derechos Humanos cuyo artículo 8 disponen: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” (Asamblea General 1948, p.3).

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008) en el caso Yvon Neptune Vs Haití expresa: “El Art. 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales establece los lineamientos del llamado debido proceso legal” (p.28). Es decir, cuando el Estado en aplicación de sus prerrogativas formula un proceso sea administrativo o judicial que limiten derechos a cualquier persona debe respetar los derechos preestablecidos para proteger derechos

fundamentales. Instrumento que consagra una serie de garantías del debido proceso, derechos fundamentales enunciados en la Norma Suprema y desarrollados en las leyes ordinarias, especialmente en los códigos procesales que reglamentan las garantías del debido proceso.

Acorde a lo explicado por Duran et al. (2021) “El debido proceso, a grandes rasgos, refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos” (p.330) Instancias procesales que en esta investigación han sido sujetas a observación al constatar cómo se generó el medio de prueba de grabaciones y su presentación en el juicio.

En este contexto normativo, en el ordenamiento jurídico la norma suprema entre los derechos de protección incluye, el debido proceso, dispuesto en el artículo 76 inciso primero, así: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas (...)” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.37) El derecho penal a través del derecho procesal penal más que ninguna otra materia limita derechos fundamentales como el derecho a libertad ambulatoria, el derecho a la propiedad, y otros, para la protección de bienes jurídicos lesionados, por lo tanto, la exigencia de respetar el debido proceso y sus garantías es un mandato de derechos fundamentales.

En este contexto el artículo ibidem incluye en su numeral 4 dentro del debido proceso la siguiente garantía: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.37) En este entendimiento el derecho probatorio es de carácter esencial, pues está protegido como derecho fundamental; de ahí que, la Constitución ecuatoriana vigente incorpora en su contenido normativo una regla de exclusión probatoria cuando en la obtención de fuentes de prueba o en su práctica se vulneran derechos fundamentales, al igual que en la doctrina jurídica ecuatoriana y comparada también se analiza este tema medular en un proceso penal como es la exclusión de prueba, por ejemplo en el supuestos de obtención de documentos privados con vulneración del derecho a la intimidad o a la correspondencia, por lo que dichos documentos no tienen efecto legal o carecen de valor.

Por otra parte el Código Orgánico Integral Penal, en la exposición de motivos, numeral 6 consagra que se ha “constitucionalizado la justicia penal” de lo que deviene: si el Derecho

Procesal Penal se analiza desde la Norma Jurídica Suprema, sus principios, valores y derechos se deben materializar en la sustanciación del juicio penal en todas sus etapas; y de manera singular los derechos fundamentales como el debido proceso en su garantía de prueba lícita para construir la culpabilidad de la persona procesada, es decir, utilizando información tecnológica de ser el caso, con un sistema reglado a observarse en el ejercicio del derecho a la prueba, la cual, legitima una sentencia, tanto, de condena como de ratificación de inocencia del procesado.

EVALUACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA

Debe iniciar con un pequeño párrafo con sus palabras antes de comentar a citar que pueda relacionar con la cita. En este sentido, Ferrajoli (1995) expresa:

La tercera garantía procesal de segundo grado, opta para garantizar la satisfacción y el control de todas las demás, es el desarrollo de actividades judiciales y sobre todo de las probatorias, según formas y procedimientos predeterminados por la ley. Es claro que no quedaría asegurada la actuación de ninguna de las garantías si no estuvieran prescritas y sancionadas sus modalidades. El conjunto de estas modalidades y formalidades que conforman el rito fue instituido, como dice Carrara, para frenar al juez (...). Por ello, la observancia del rito no es sólo una garantía de justicia sino también una condición necesaria de la confianza de los ciudadanos en la justicia. (p. 121)

En este sentido, es claro que el rito procesal es una garantía de justicia porque se prevé un conjunto de reglas preexistentes en relación a la actividad probatoria en sus distintas modalidades, mecanismos de protección de la ciudadanía que también los ha previsto el Código Orgánico Integral Penal en los diferentes ritos procesales desde las fuentes de prueba hacia la formación de medios de prueba y la prueba valorada por los jueces. Desde esta línea de actuación investigar el cumplimiento del protocolo del reconocimiento de grabaciones constituye un aporte que reflexiona sobre el respeto al rito procesal.

Refuerza el criterio doctrinal respecto del debido proceso en el ámbito del derecho procesal la Corte Constitucional del Ecuador (2021), en la sentencia Nro. 1439-16-EP/21 al analizar que: “La legislación procesal está llamada a configurar el ejercicio del derecho al debido proceso y de sus garantías en el marco de los distintos tipos de procedimiento, a través de un conjunto de reglas de trámite”. (p.4)

De esta forma el debido proceso desde la jurisprudencia del máximo tribunal de justicia constitucional resalta la existencia de procedimientos específicos a ser observados, los cuales,

son incorporados al ordenamiento jurídico a través de la actividad legislativa, en la especie, las reglas de trámite en materia penal se encuentran dispuestas en el Código Orgánico Integral Penal vigente desde el 10 de agosto de 2014, mismo que, contiene en su Libro Segundo, el cúmulo de reglas a aplicarse en el desarrollo del proceso penal, el Capítulo II, Sección Primera, prescribe las actuaciones especiales de investigación, siendo de relevancia en este análisis el debido proceso legal en el reconocimiento de grabaciones, que luego, en la audiencia de juicio es presentada como medio de prueba a ser analizado por los jueces. A tales efectos, sobre estas reglas aplicables a las pruebas en el proceso penal, Roxin (2017) expone:

Prueba rigurosa y prueba libre para la constatación de las circunstancias importantes, para los pormenores del hecho, la culpabilidad del autor y la medida de la pena, o sea, para las llamadas cuestiones de la culpabilidad y de la pena, la ley establece una formalidad rigurosa de la producción de la prueba; se habla aquí de prueba rigurosa. Ella está doblemente restringida a los medios legales, es decir, a los imputados, testigos, peritos, inspección ocular, documentos. Los medios de prueba digitales, que desempeñan un rol creciente no configuran ningún grupo propio, sino son objeto de prueba pericial. Estos medios de prueba solo pueden ser empleados según las reglas establecidas detalladas. Todas las Circunstancias restantes el tribunal puede explorar según la práctica establecida mediante prueba libre, es decir, este puede procurarse certeza de cualquier forma. (p. 272)

La ilustrada la enseñanza del profesor Roxin al destacar los ámbitos en los que la ley establece la rigurosidad de la producción de la prueba, en el caso de la construcción de la culpabilidad y de la sanción a imponer al sentenciado, destacándose en entre los medios de prueba que contribuyen a tal efecto los documentos, sin soslayar que los códigos procedimentales también admiten la prueba libre; empero, el reconocimiento de grabaciones corresponde en el Código Orgánico Integral Penal a un medio de prueba riguroso, porque el legislador ecuatoriano a establecido las reglas procesales para que se incorporen al proceso penal, ya que, éstas pueden constituir demostraciones de la conducta culpable del procesado, de la actuación de la víctima; de atenuantes o agravantes que pueden modificar las penas previstas en cada tipo penal. En cuanto a la prueba documental Carnelutti (2019) al respecto afirma:

Si el testigo es una persona, que narra una experiencia, el documento puede ser definido como una cosa, por la cual una experiencia es representada (...). Por eso, el primer

carácter del documento es su ser artificial; un indicio puede ser natural, un documento, no; en otras palabras, una cosa como la naturaleza la ha hecho puede ser un indicio, pero no un documento. El documento supone un documentador; este es el documento como el testigo al testimonio. En un tiempo para construir un documento un hombre no tenía más que un modo: expresar por sí, imprimiéndola sobre una cosa; sin embargo, el progreso técnico ha hecho milagros en el campo de la representación real; el hombre poco a poco, ha aprendido a construir cosas las cuales puede recibir y restituir inmediatamente las impresiones de los hechos (...). (pp. 212- 213)

En este contexto de análisis el artículo 498 del Código Orgánico Integral Penal, dispone que los medios de prueba son: el documento, el testimonio y la pericia; taxonomía, desde la cual las grabaciones como videos, datos informáticos, fotografías, discos, u otros medios digitales se consideran documentos que como explica Carnnelutti (2019), experiencias representadas artificialmente, que su suponen un documentador y las impresiones de los hechos, que en la era digital gracias a la tecnología existe una diversidad de aplicaciones, de ahí que, el contenido del artículo 499.6 ibídem textualmente ordena: “Podrá admitirse como medio de prueba todo contenido digital conforme con las normas de este Código” (Código Orgánico Integral Penal, 2014). Díaz (2018) aclara respecto a la prueba digital: “El documento electrónico muta a documento digital al momento de que este ingresa a la compleja telaraña de la autopista de la información” (p.26).

Documentos almacenados virtualmente a través de distintos dispositivos, y, por lo tanto, pueden estar sujetos a manipulaciones que distorsionen el hecho histórico que se pretende probar a través de prueba digital, entonces, se requiere del aporte de expertos forenses para su análisis. Además de ellos son medios de prueba que en la actualidad tienen gran importancia en virtud del desenvolvimiento tecnológico en la sociedad del conocimiento, pues el manejo de estos recursos se ha popularizado; de ahí que, el registro de una conducta que probablemente se adecua a un tipo penal, por imperativo legal debe cumplir reglas.

La inobservación del protocolo de videos, datos informáticos, fotografías, discos u otros medios digitales genera prueba ilícita

La presentación de la prueba y su valoración se constituye la parte esencial del proceso penal, dado que en fundamento de la misma se desarrolla la reconstrucción del hecho histórico, el análisis jurídico y la decisión de un Tribunal de Garantías Penales; en tal virtud, el derecho de

los sujetos a presentar pruebas está constitucionalmente protegido como derecho fundamental del debido proceso, así como, en instrumentos internacionales; es más, la lesión de este derecho puede ser analizado por las cortes internacionales y derivar en responsabilidades estatales.

De ahí que, Durán (2021) asevera: “El procedimiento legal, justo y racional, debe cautelar el derecho a la producción, examen y contra-examen de las pruebas” (p.231) es decir, la fuente de prueba que será incorporada a proceso –medio de prueba- y la presentación de la prueba en la audiencia de juicio para su examen y contra-examen; destacándose que las partes procesales en la vinculación de un medio de prueba como son vídeos, datos informáticos, fotografías, discos, medios digitales, debieron ejercer este derecho de contra-examen.

Por otra parte, partiendo del criterio de Reyes (2017):

En el ámbito del derecho probatorio la relación entre derecho y verdad ha sido un debate abandonado en los últimos treinta años. Se ha aceptado que existe una conexión entre ambos la cual se traduciría en que el derecho es un medio de averiguación de la verdad de los hechos alegados (...). (p.317)

El derecho probatorio como medio de averiguación de la verdad no debe construirse arbitrariamente, sino que la racionalidad ha permitido que se organice, un proceso, que debe observar normas claras, previas y públicas como lo ordena el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador consagrando el derecho a la seguridad jurídica, eje de un Estado de Derecho constitucional y de justicia como lo proclama el artículo 1 de la Norma Suprema al Ecuador.

En este orden de ideas, con el afán de que el derecho probatorio en un juicio penal se conecte la averiguación de la verdad y los hechos alegados en la teoría del caso, el reconocimiento de grabaciones, en el Código Orgánico Integral Penal aplica un sistema reglado, el cual, los jueces debieron verificar en los casos investigados.

Empero, como manifiesta Quisse (2021): “La actividad probatoria legítima, tiene un par contradictorio, a saber, la prueba ilícita o prohibida” (p.17) En relación las grabación como videos, datos informáticos fotografías o análogos digitales en la era de la tecnología son instrumentos de uso generalizado por el ciudadano, incluso, estos medios de registro son parte de un celular que permite a su propietario grabar hechos espontáneamente y sin mayor esfuerzo, ocurrencia, que constituye fuente de prueba; empero, en materia penal los mentados registros para ser allegados a un proceso penal como indicios en la instrucción fiscal y medio de prueba

documental en la audiencia de juicio, su reconocimiento debe cumplir las reglas como las que dispone el artículo 477 primer inciso del COIP, así:

La o el juzgador autorizará a la o al fiscal el reconocimiento de las grabaciones mencionadas en el artículo anterior, así como de vídeos, datos informáticos, fotografías, discos u otros medios análogos o digitales. Para este efecto, con la intervención de dos peritos que juren guardar reserva, la o el fiscal, en audiencia privada, procederá a la exhibición de la película o a escuchar el disco o la grabación y a examinar el contenido de los registros informáticos. Las partes podrán asistir con el mismo juramento. (p. 174)

De la simple lectura de la disposición legal se subrayan las reglas a seguir como son: autorización del juzgador para el reconocimiento de la información digital, intervención de dos peritos, audiencia privada, presencia del fiscal, y de las partes procesales exhibición del contenido; cada uno de estos presupuestos fueron observados en cada sentencia investigada. Protocolo que concreta un debido proceso legal para incorporar una fuente de prueba a proceso legal, caso contrario se estaría ante un caso de dicha prueba debió ser excluida.

En esta línea de actuación Correa (2019) examina la exclusión de prueba en las siguientes premisas:

Ahora bien, el sistema de exclusión probatoria escogido por el legislador chileno no resulta a este respecto, ajeno a la realidad comparada. En efecto, en el sistema procesal penal estadounidense la aplicación de la regla de exclusión y de su consecuencia lógica, la teoría de los frutos del árbol envenenado, presuponen asimismo la constatación de una conexión o vínculo causal existente entre una obtención probatoria y la infracción a alguna de las garantías consagradas en diversas enmiendas a la Constitución de dicho país, cuya vulneración autoriza -de acuerdo a la jurisprudencia- la exclusión de prueba. (p.187)

Como ya se manifestó en párrafos supra, la exclusión probatoria, también dispuesta en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en el artículo 76.4 de la Constitución de la República del Ecuador, y desarrollada en el artículo 453.6 del Código Orgánico Integral Penal prescribe:

Toda prueba o elemento de convicción obtenidos con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la Ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal. (p. 165)

Es decir, se materializa también la lógica de la teoría del árbol envenenado citada por el autor en comentario, doctrina del sistema procesal americano. Teoría que también se plasma en las sentencias del Tribunal Primero de Garantías del Cañar, al analizar el reconocimiento de grabaciones dispuesto en el artículo 477 primer inciso ibídem, en relación a la conservación, descripción y análisis de datos y registros digitales, mismos, que por ejemplo al no solicitarse autorización al Juez para su apertura en audiencia privada con la comparecencia de las partes procesales, porque primero al limitarse derechos constitucionales verbigracia como el de intimidad u otras comunicaciones personales fue exigible la autorización judicial; segundo, fue importante que acudan las partes procesales, de manera singular, el procesado, para que ejerza el derecho a la contradicción en la incorporación de este medio de prueba, es decir, son actuaciones procesales que no observan la reglas legales que protegen derechos fundamentales.

En este sentido, Rodríguez (2018) sostiene:

Los derechos fundamentales se encuentran protegidos y garantizados tanto en la Constitución de la República de Ecuador, como en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, planteándose el objetivo de describir bajo enfoque teórico, la defensa penal eficaz como garantía del debido proceso. (p.33)

Defensa penal que, en la especie, no podría calificarse de eficaz si el procesado no concurre al desarrollo de una diligencia pericial donde se puede ejercer el derecho a la contradicción y por ende el derecho a la defensa de una persona a quien se amenaza con el poder estatal de limitar sus derechos fundamentales.

Igualmente, otro de los incumplimientos observados es la falta de audiencia privada para que se analice la información contenida en un medio tecnológico, lo cual, está al margen de lo dispuesto en el protocolo ordenado, dado que, el testimonio del perito será valorado negativamente, privando a la decisión judicial de constar con prueba pericial, y cumplir con los criterios ordenados en el artículo 457 del Código Orgánico Integral Penal “La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales” (Asamblea Nacional, 2014, p. 166).

Los criterios de valoración aplicados a un caso concreto le blindan a una sentencia judicial de legitimidad porque se observa un debido proceso orientado a aplicar seguridad jurídica ante posibles abusos de las autoridades frente a un procesado. En este sentido Duce (2018)

argumenta:

Una revisión panorámica de la literatura especializada en materia de prueba pericial permite identificar que existe un importante consenso a nivel comparado acerca de que su uso en los sistemas judiciales es cada vez más frecuente y masivo. Me parece que esta idea queda muy bien reflejada por Jeuland, quien la ha enmarcado en un contexto de evolución histórica y social de los sistemas judiciales al señalar: “Cada época tiene una predilección por un medio de prueba. Los cristianos de la Edad Media tenían una preferencia por las ordalías y los juramentos. El Ancien Régime desarrolló a la prueba documental y la confesión por medio de la tortura. Nuestra época tiene una predilección por la evidencia de expertos. Ciertamente la confesión, el testimonio, los documentos o el juramento continúan siendo utilizados, pero el medio de prueba que atrae la atención, responde a nuestras expectativas y levanta discusión es la evidencia experta. (p.2225)

Es claro que este autor destaca la relevancia de los informes periciales en la resolución de conflictos penales, pues como sino de nuestro tiempo que centraliza las actuaciones probatorias periciales como un apoyo indispensable para la reconstrucción de hecho histórico, superando las preferencias de las ordalías o las confesiones, en apego a un pensamiento científico y técnico se confía más en criterio de los expertos, auxiliares de los jueces en conocimientos específicos, destacándose las pericias de manejo digital de la información.

Metodología

El tipo de investigación que se manejó en el desarrollo del trabajo investigativo fue de tipo exploratorio o aproximatoria porque se relaciona con un conocimiento limitado tanto en el ámbito doctrinario como en el jurisprudencial, es decir, que ha sido poco estudiado en la literatura científica; tal como refiere Ramos-Galarza (2020) “En el alcance exploratorio, la investigación es aplicada en fenómenos que no se han investigado previamente y se tiene el interés de examinar sus características” (p.2) en esta línea de actuación la investigación también fue descriptiva porque se midió de manera independiente los conceptos y variables, ya que, su objetivo no era relacionarlas entre sí, ni llegar a establecer causas y efectos sólo describir el fenómeno tal y como se presenta en la realidad, tal como expone Muñoz (2015) sobre la investigación descriptiva:

En ella el investigador diseña un proceso para descubrir las características o propiedades

de determinados grupos, individuos o fenómenos; estas correlaciones le ayudan a determinar o describir comportamientos o atributos de las poblaciones, hechos o fenómenos investigados, sin dar una explicación causal de los mismos. (p.85)

Aunado a lo antes expuesto, se parte del enfoque cualitativo, ya que permitió determinar las características singulares del objeto de estudio, a saber: la inobservancia del protocolo de videos, datos informáticos, fotografías, discos u otros medios análogos o digitales y la inobservancia del debido proceso, y el diseño fue no experimental, puesto que no se han manipulado variables; únicamente se observó el fenómeno como se presentó en la actualidad.

Por otra parte, los métodos abordados fueron el inductivo-deductivo, los cuales, el primero se caracteriza porque parte de premisas singulares a premisas generales; y el segundo de las generales a lo particular; su aplicación permitió establecer las características esenciales del protocolo de grabaciones mediante guías documentarias, bases de datos bibliográficas, entre otros. También, se empleó el método analítico-sintético que admitió emplear un previo análisis de cada sentencia en estudio detectando la inobservancia de las reglas procesales en el reconocimiento de las grabaciones e información digital como prueba, logrando establecer las omisiones que vulneran el protocolo para a posteriori sintetizar todos los resultados obtenidos e integrarlos en un todo de fácil comprensión que oriente a la resolución de la problemática.

La aplicación de los métodos en comento se apoyó en el estudio de normas procesales, literatura científica, teorías y la repercusión en la sociedad, generándose a través del análisis de los documentos jurídicos, obteniendo factores demandados dentro del campo del derecho constitucional y procesal penal.

En el desarrollo investigativo se empleó como técnicas de recolección de datos la revisión bibliográfica, documental, y el estudio de casos sobre las sentencias emitidas en el Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar en los años 2018, 2019, y 2020

Población y Muestra

El universo de estudio considerado en el desarrollo de la investigación fueron las sentencias emitidas en el Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar en los años 2018, 2019, y 2020; y para determinar la muestra fueron seleccionadas las resoluciones que englobaron delitos como: daño a bien ajeno, captación ilegal de dinero, homicidio, violencia física, estafa, robo, tráfico de moneda, violación sexual, abuso de confianza, tráfico ilícito de sustancias sujetas a

fiscalización y tráfico de migrantes.

Resultados del Estudio de Casos

Con la finalidad de obtener información relevante para la investigación se procedió con el estudio de las sentencias del Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar, en un período comprendido desde el año 2018 hasta el 2020, precisando que para el análisis se consideraron diversos tipos de delitos en los que se anunció y presentó prueba pericial respecto a videos, datos informáticos, fotografías, discos u otros medios análogos. Los datos fueron obtenidos de la página web del Consejo Nacional de la Judicatura del Ecuador, los que fueron confrontados con los libros físicos de registro de causas que lleva el Organismo de Justicia en su dependencia, además se complementó con la revisión de los procesos que identifican la siguiente tabla

Gráfico N 1. Cumplimiento del Protocolo de reconocimiento de videos, datos informáticos, fotografías, discos, u otros medios digitales



Fuente: Elaboración propia (2022)

Como se puede observar las sentencias del año 2018, 2019 y 2020 del Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar en los procesos penales que se presentó como prueba una grabación, video, o datos informáticos, actuación de investigación que debió materializar el debido proceso del protocolo dispuesto en el artículo 477 del Código Orgánico Integral Penal, sin embargo, éstos fueron valorados negativamente como prueba ilícita; cabe destacar que en un porcentaje ínfimo

del 15% de las sentencias analizadas se cumplió con el protocolo y el testimonio de los peritos fueron valorados positivamente, mientras que en un porcentaje muy significativo del 85% lo incumplieron, por lo que se aplicó la exclusión probatoria. Actuaciones probatorias que no permitieron aportar a la reconstrucción del hecho histórico y fortalecer el acervo probatorio de los sujetos procesales acorde al sistema acusatorio, donde el rol del juez es un tercero imparcial que resuelve el conflicto penal en fundamento de la prueba debidamente anunciada, admitida, presentada y valorada conforme los protocolos procedimentales como en la especie ocurre, en observación del protocolo del artículo 477 inciso primero del COIP.

Conclusiones

No se puede soslayar que el respeto al valor de la dignidad humana, y la verdad procesal exige que el sistema procesal sea un medio de la realización de la justicia como lo ordena el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador, en tal virtud, los operadores de la justicia no pueden desconocer estos valores constitucionales, que se plasman en las normas legales, de ahí que, es importante que los Fiscales observen el debido proceso en relación al protocolo de reconocimiento de grabaciones contenido del artículo 477 primer inciso del Código Orgánico Integral Penal, con el afán de cumplir a cabalidad su facultad acusadora residenciada en el artículo 195 de la Norma Suprema; ya que, de la presente investigación se evidencia que los representantes del Órgano Acusador en la diligencia de reconocimiento de grabaciones e información digital inobservaron las reglas del debido legal.

Desde otro prisma, en la sociedad del conocimiento las grabación como videos, datos informáticos fotografías o análogos en la era de la tecnología son instrumentos de uso generalizado por el ciudadano, incluso, estos medios de registro son parte de un celular que permite a su propietario grabar hechos espontáneamente y sin mayor esfuerzo, ocurrencia, que constituye fuente de prueba; empero, en materia penal aquellos para ser allegados a un proceso penal como indicios en la instrucción fiscal y prueba documental en la audiencia de juicio, son de relevancia en la averiguación del hecho histórico debatido en un juicio penal.

Por lo tanto, de los datos estadísticos en comento se verifica que en gran medida el protocolo de reconocimiento de información digital, electrónica y virtual no se materializó en los procesos penales investigados.

Es de suma importancia que los sujetos procesales actualicen su conocimientos en relación a la reglas de prueba rigurosa que exige el artículo 477 inciso primero del COIP, de manera particular, los señores Fiscales de la provincia del Cañar, para responder a las nuevas exigencia en las actuaciones probatorias; y a los criterios de valoración de la prueba exigidos legalmente; con el fin de que se respete el debido proceso constitucional y legal en materia penal, así como la seguridad jurídica en la actividad probatoria.

La academia, en la formación de los neo profesionales en el campo del Derecho, deberá promocionar y debatir el respeto al derecho fundamental del debido proceso en relación a la prueba rigurosa, de forma particular en el reconocimiento de grabaciones, de ahí que, será motivo de discusión en clase examinar los conflictos jurídicos que ocasionan la violación de una norma del debido proceso en la generación de un medio de prueba, y sus consecuencias constitucionales y legales de la norma en comento. Sin soslayar, la organización de capacitaciones que la Facultad de Derecho podría liderar a fin de instruir a fiscales y abogados en general del cantón Azogues sobre este interesante tema: el protocolo del artículo 477 del COIP como una colaboración con la comunidad.

Referencias

1. Asamblea Nacional de Ecuador (2014) *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Registro Suplemento 180. Última reforma 17 de febrero de 2021.
2. Asamblea Constituyente de Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449.
3. Asamblea Nacional Francesa (1798). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano <https://es.wikipedia.org/wiki/>
4. Bujosa Vadel, L. B. (2021). *La prueba digital producto de la vigilancia secreta: obtención, admisibilidad y valoración en el proceso penal en España y Colombia*. 1050-1051 <https://doi.org/10.2219/rbdpp.7i2.482>
5. Cárdenas, R. (2018-2019). Fotografías, videos, filmaciones, y grabaciones de sonido, como apoyo visual y como prueba demostrativa con valor sustantivo en el proceso penal mexicano. *Revista Penal de México*. ISSN: 2007-4700 <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/290>
6. Carnelutti, F. (. (2019). *Lecciones Sobre el Proceso Penal*. . OLejnik.

7. Correa Robles, C. (2019). Relacion Causal y exclusion de prueba ISSN: 0718-3399
https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992019000200186&lang=es.
8. Corte Constitucional Del Ecuador. (2021) Sentencia No. 1439-16-EP/21
<http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/BJACCE/2021/BJA-EE-2021.pdf>
9. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008) Sentencia serie C Nro. 180.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_esp1.pdf
10. Convención Interamericana de Derechos Humanos. (1969) Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos.
https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
11. Diaz Limón, J. (2018). Incorporación de la prueba cibernética e informática, electrónica y digital. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, No. 47, Vol p.37.
12. Duce, M. (. (s.f.). *La prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar un debate. IUS ET PRAXIS*
<https://www.redalyc.org/journal/197/19758438007/>.
13. Durán, C. y Fuentes M. (2021) El debido proceso penal y su constitucionalizacion en Ecuador ISSN: 2550-628X <http://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es>.
14. Durán, P. (2021). Las reglas de la entrevista investigativa video grabada y el derecho de prueba penal. Una propuesta desde la teoria de los conflictos normativos ISSN: 0303-9986
https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0178-591X2021000100227&lang=es
15. Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trota. Madrid: Trota.
16. Muñoz, C. (2015) Metodología de la Investigación. Oxford University Press, Mexico, S.A.
<https://corladancash.com/wp-content/uploads/2019/08/56-Metodologia-de-la-investigación-Carlos-I-Muñoz-Rocha.pdf>
17. Ramos-Galarza (2020). Los alcances de una investigación. *CienciAmérica*, Vol.9 (p.)

18. Reyes, S. (2017) Sobre el Derecho y la Averiguacion de la Verdad p. 317. ISSN: 0214-8676 https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/69533/1/DOXA_40_13.pdf.
19. Rodríguez, M (2018) La Defensa Penal Eficaz Como Garantía del Debido Proceso en el Ecuador. Revista Universidad y Sociedad, 10, (1), 33. ISSN: 2218-3620 http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202018000100033
20. Quisse, C. (2021). Análisis de grabaciones subrepticias por uno de los interlocutores como supuesto de prueba prohibida por violenta derechos
21. Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar, (2018,20 de septiembre) Sentencia Nro. 03283-2018-00280 (René Esteban García Amoroso).
22. Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar, (2018, 15 de octubre). Sentencia Nro. 03283-2018-00055 G (Diana Esperanza Naula Beltrán).
23. Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar. (2018,13 de diciembre). Sentencia Nro. 03283-2018-00228 (René Esteban García Amoroso).
24. Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar. (2018, 18 de marzo). Sentencia Nro. 03283-2018-00768 (Diana Esperanza Naula Beltrán).
25. Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar. (2019, 8 de mayo). Sentencia Nro. 03283-2018-00494 (René Esteban García Amoroso).
26. Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar. (2019, 17 de mayo). Sentencia Nro. 03283-2019-00529 (Diana Esperanza Naula Beltrán).
27. Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar. (2019, 23 de octubre). Sentencia Nro. 03283-2018-00176 Mirian Nohemí Pulgarin Muevecela).
28. Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar. (2019,07 de junio). Sentencia Nro. 03024-2018-00832 (Diana Esperanza Naula Beltrán).
29. Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar, (2019, 04 de julio).Sentencia Nro. 03283-2018-00750, (René Esteban García Amoroso).
30. Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar. (2019, 30 de julio). Sentencia Nro. 03283-2019-00050(Mirian Nohemí Pulgarin Muevecela).
31. Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar. (2019, 06 de septiembre).Sentencia Nro. 03204-2019-00005G (Mirian Nohemí Pulgarin Muevecela).
32. Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar. (2019, 04 de octubre). Sentencia Nro. 03283-2019-00155 (Diana Esperanza Naula Beltrán).

33. Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar. (2019, 24 de octubre). Sentencia Nro. 03283-2019-00217 (Diana Esperanza Naula Beltrán).
34. Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar. (2019, 28 de octubre). Sentencia Nro. 03283-2019-00227 ((René Esteban García Amoroso).
35. Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar (2019, 27 de noviembre). Sentencia Nro. 03283-2019-00411 (Diana Esperanza Naula Beltrán).
36. Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar. (2020, 03 de marzo). Sentencia Nro. 03283-2019-00163G (Diana Esperanza Naula Beltrán).
37. Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar. (2020, 16 de marzo). Sentencia Nro. 032832019-00473 (Mirian Nohemí Pulgarin Muevecela).
38. Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar. (2020, 23 de octubre). Sentencia Nro. 03204-2019-00091G (Mirian Nohemí Pulgarin Muevecela).
39. Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar. (2020, 15 de diciembre). Sentencia Nro. 03283-2019-01130 (Mirian Nohemí Pulgarin Muevecela).
40. Tribunal Primero de Garantías Penales del Cañar. (2020, 23 de diciembre). Sentencia Nro. 03283-2019-01152 (Diana Esperanza Naula Beltrán).